



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720431/2013-10
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.515 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 15 de julho de 2021
Recorrente ANTONIO SANTOS DOS REIS-ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

PENA DE PERDIMENTO. CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA.

Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto- Lei nº 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Barbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Carlos Alberto Benatti Marcon, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de n.º 16-75.439, proferido pela 4ª Turma da DRJ/SPO, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional, com fulcro no artigo 29, inciso VII, e § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006, em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos a partir de 01/05/2013.

Por bem relatar os fatos, adota-se o relatório do acórdão de piso nos seguintes termos:

“(…)

Trata o presente processo, formalizado em 27/05/2013 pela Inspeção da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC, de Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (regime instituído pela Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006), conforme despacho exarado em 27/05/2013 (fl. 7).

2. Relata o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil autor do procedimento, lotado na Inspeção da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC, que em 23/05/2013, conforme Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00920 (fls. 8 e 9 - vinculado ao processo 12719.720412/2013-85), a Equipe de Repressão Aduaneira (ERA) da retrocitada Inspeção, em cumprimento à Ordem de Vigilância e Repressão (OVR) n.º 0925200-00038-13-01, realizou procedimento de fiscalização no contribuinte em epígrafe, com o intuito de verificar a regularidade fiscal das mercadorias de origem ou procedência estrangeira nele depositadas ou expostas à venda. Complementa que foram apreendidas mercadorias de origem estrangeira encontradas no estabelecimento comercial da interessada, em razão da caracterização do crime de descaminho. Finalizou com proposta de exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, com fulcro no art. 29, inciso VII, e § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006.

3. Referida Representação foi acompanhada, ainda, por Termo de Início da Ação Fiscal (de 23/05/2013 – fl. 3), Termo de Lacração de Volumes (de 23/05/2013 – fl. 4), Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00920 (fls. 8 e 9 - vinculado ao processo 12719.720412/2013-85), Termo de Revelia (fl. 11) e Dossiê CNPJ (fls. 5 e 6).

4. Termo de Revelia foi lavrado em 19/08/2013 (fl. 11), para registro de que a autuada foi devidamente cientificada do AI, não tendo apresentado impugnação, sendo declarada revel, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 1.455, de 07/04/1976. Nesta mesma data foi imposta a pena de perdimento das mercadorias apreendidas (fl. 11), com fulcro no art. 23, § 1º, do Decreto-lei n.º 1.455, de 07/04/1976, bem como no art. 224 do Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 203, de 14/05/2002.

5. Após parecer conclusivo acerca da procedência da exclusão emitido pelo Serviço de Orientação e Análise Tributária (Seort) da DRFB/Florianópolis/SC (fl. 14), a DRFB/Florianópolis/SC emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 310 (fl. 15) em 17/11/2015, para excluir a contribuinte do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/05/2013, em razão de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com impedimento para opção ao regime em questão nos três anos-calendário seguintes (2014, 2015 e 2016).

6. A exclusão foi fundamentada no artigo 29, inciso VII, e § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006.

DEFESA

7. Cientificada do ato de exclusão em 25/11/2015 (fl. 18), a recorrente apresentou manifestação de inconformidade em 14/12/2015 (razões às fls. 22 a 25, sem anexos), com a seguinte alegação:

(...)

DOS FATOS

A Receita Federal do Brasil em 23 de maio de 2013 apreendeu mercadorias objeto de contrabando e descaminho, fato a qual leva este inconformado a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, impedindo de ser optante da referida modalidade de tributação nos 03 (três) anos calendário seguintes (2014, 2015 e 2016).

DO DIREITO

Ao Inconformado, foi imputado a pratica delituosa tipificada no Código Penal Brasileiro, sendo a conduta enquadrada como contrabando ou descaminho.

Diante da constatação das mercadorias, julgadas como contrabando ou descaminho, este Órgão Julgador determinou a exclusão do Simples Nacional.

Ocorre que tal penalidade não pode ser aplicada visto que os produtos não eram produtos de contrabando ou descaminho. Os mesmos pertenciam a pessoa física e não a pessoa jurídica fato este que leva a modificação da penalidade aplicada nos autos.

É necessário traçar de modo conciso os conceitos de contrabando e descaminho para afastar a pratica imputado ao Inconformado.

Sobre o tema explicam James Marins e Marcelo M. Bertoldi:

[...] o contrabando é conduta criminosa, consistente em importar ou exportar mercadorias proibidas, independentemente de qualquer implicação fiscal, enquanto que o descaminho caracteriza-se como crime de natureza tributária, tipificando-se não pela natureza da mercadoria, mas pelo fato de o contribuinte promover sua entrada ou saída do território nacional sem pagamento de tributos ou com pagamento menor do que o devido (art. 344 do Código Penal).

No caso em tela não houve comercialização ou a venda interna de mercadoria importada que tenha origem em contrabando - cuja importação seja proibida - ou em descaminho - que tenha sido internalizada no país sem o necessário desembaraço aduaneiro que poderia ensejar a exclusão do Simples Nacional.

Ademais, a exclusão somente poderá ser efetivada quando do trânsito em julgado, conforme decisões emanadas da Receita Federal do Brasil sobre o assunto.

Outrossim, cabe ainda até o fim do presente feito a aplicação de efeito suspensivo, mantendo o Inconformado no regime de tributação que optou.

Senhor julgador, são estes, em síntese, os pontos de discordância apontados nesta Manifestação de Inconformidade.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer:

- a) A insubsistência e improcedência do indeferimento do seu pleito, e que seja acolhida a presente Manifestação de Inconformidade.
- b) Alternativamente que a exclusão se de a partir da data da ciência do Ato Declaratório Executivo e não retroativo a data da ocorrência do alegado, tendo em vista que a alteração do regime tributário de forma retroativa a empresa não terá como arcar com os custos tributários e obrigações acessórias decorrentes de regime tributário diverso do SIMPLES NACIONAL.

(...)

Após apreciar a dita manifestação de inconformidade, a 4ª Turma da DRJ/SPO entendeu por bem julgá-la improcedente. A ementa da referida decisão segue transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO.

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho constitui óbice para ingresso ou permanência no Simples Nacional. A exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a infração, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, com a decisão da DRJ a Recorrente interpôs recurso voluntário e em breve arazoado argumentou:

(...)

RAZÕES DE RECURSO

Em que pese todo o respeito à decisão que determinou a validade do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 310, que aplicou ao Recorrente a pena de exclusão do Simples Nacional, a mesma é desproporcional e não encontra eco na realidade dos fatos, devendo, pois, ser reformada no intuito de anular o Ato Declaratório Executivo.

Com efeito, conforme já mencionado em manifestação anterior, as mercadorias encontradas no estabelecimento do Recorrente não estavam disponíveis para comercialização, posto que não eram de sua propriedade. Ou seja, não havia, e nem nunca houve, comercialização de mercadoria originária de contrabando ou descaminho pelo Recorrente.

Ora, o Recorrente é empresário individual, cuja atividade econômica é o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância no ramo de bebidas, consoante demonstra sua inscrição no-Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ. Em seu estabelecimento, comercializa, sobretudo, bebidas de origem nacional devidamente autorizadas pelo Governo Federal.

Por ocasião da verificação policial, ao contrário do que se faz crer a ação fiscal, as mercadorias encontradas não estavam expostas como se estivessem disponíveis para venda, mas acomodadas em um canto do estabelecimento sem acesso a possíveis clientes. Encontravam-se justamente nessa condição, porque além de não estarem disponíveis para venda, as mercadorias não eram de propriedade do Recorrente, que em seu estabelecimento somente comercializa mercadorias autorizadas pelo Governo Federal.

Em verdade, no presente caso, sequer foi corretamente oportunizado ao Recorrente as garantias constitucionais relativas, ao contraditório e ampla defesa, no sentido de permitir a produção de todos os meios de prova tendentes a demonstrar que a mercadoria não era de propriedade do Recorrente e que não estavam disponíveis para comercialização.

Repita-se, a mercadoria encontrava-se "oculta" num canto do estabelecimento, portanto, não estava exposta à venda, não demonstrando estar o Recorrente efetivamente praticando o comércio ilegal.

Na hipótese focada, trata-se, em verdade, de mera presunção, insuficiente para embasar a exclusão do Recorrente do regime especial de tributação.

Em que pese as mercadorias terem sido apreendidas no interior do estabelecimento do Recorrente, o fato é que a conduta que enseja a exclusão do SIMPLES é "comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho", o que à evidência, não está caracterizado, diante da ausência de provas concretas nesse sentido.

Afigura-se ilegal e desproporcional a penalização do Recorrente com a exclusão do Simples Nacional, baseando-se em meras conjecturas.

Frisa-se, ademais, que o Recorrente é empresário individual, não possui empregados, laborando em regime familiar, sendo certo que a sua exclusão do regime tributário especial, acarretará o encerramento de suas atividades.

Ainda que a legislação do Simples Nacional tenha o escopo de penalizar o contribuinte com sua exclusão do gozo de regime especial de pagamento de tributos, de molde a reprimir a conduta irregular de comercialização de produtos ilícitos, não é demais ressaltar que a mercadoria apreendida possui avaliação não superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), de modo que, na hipótese de tributação, os valores devidos ao fisco seriam bem baixos, sequer autorizando o ajuizamento de execução fiscal de cobrança -judicial, nos termos do art. 1º, inciso II da Portaria MF nº 75/2012.

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao Auto de Infração. e Termo de Apreensão, pois indevida sua lavratura em desfavor do Recorrente; eis que as mercadorias não eram de sua propriedade, bem como não se encontravam expostas à venda, mas estavam guardadas no interior do estabelecimento em local não acessível à clientela, sendo de rigor sua anulação, ainda que já tenha ocorrido o perdimento das mercadorias.

Desta feita, diante da fundamentação sobredita, deve o presente recurso ser provido, de modo que este r. Conselho determine a anulação do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 310, no sentido de impedir que o Recorrente seja excluído do Simples Nacional.

Alternativamente, na remota hipótese de não ser acolhimento as razões de recurso acima por este r. Conselho, então que seja oportunizado ao Recorrente a possibilidade de pagamento do tributo relativo as mercadorias apreendidas, como forma de manter o Recorrente no regime de tributação: simplificado.

Ainda que as mercadorias já tenham sido perdidas, o pedido alternativo se mostra, no mínimo, como uma saída viável a fim de permitir que o Recorrente continue enquadrado no Simples Nacional, uma vez que, caso seja mantida a punição, certamente terá suas atividades encerradas, já que na condição de empresário individual não possui estrutura ou força financeira capaz de pagar tributação em outro regime.

O pedido alternativo se mostra perfeitamente razoável, permitindo, inclusive, por analogia, a aplicação do entendimento jurisprudencial da legislação penal, donde o pagamento do tributo extingue a punibilidade.

Assim, aplicando por analogia a regra penal nas hipóteses deste jaez, o pagamento do tributo gera a extinção da punibilidade, de modo que, sendo oportunizado ao Recorrente o recolhimento do tributo, acabaria por extinguir a presente punição administrativa, com o conseqüente cancelamento-do ato administrativo de exclusão, permitindo a sua continuação no Simples Nacional.

Diante de todo o exposto, requer o deferimento, do presente Recurso Voluntário, de modo que o mesmo deve ser provido no sentido: de acolher o pedido principal interposto pelo Recorrente ou, então, o acolhimento: do pedido alternativo.”

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relator.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, foi lavrado Auto de Infração n.º 12719.720412/2013-85 (e-fls. 8/9, em desfavor da Recorrente, com a Apreensão de mercadorias de origem estrangeira, desacompanhadas de documentação que comprovasse a regular importação, infração aduaneira punível com a aplicação da penalidade de perdimento das mercadorias. Referidas mercadorias estão relacionadas às e-fls. 09, cuja lista segue reproduzida:

RELAÇÃO DE MERCADORIAS						
NCM	Descrição	Marca/Modelo/Nº Série	Un	Quant	Vlr(US\$)	Vlr Total(US\$)
22029000	ENERGETICO RED BULL		UN	360	1,00	360,00
22089000	TEQUILA JOSE CUERVO REPOSADO .S/SELO IPI		UN	26	7,00	182,00
22083020	UISQUE JOHNIE WALKER BLACK LABEL .S/SELO IPI		UN	3	38,00	114,00
22083020	UISQUE RED LABEL .S/SELO IPI		UN	9	18,00	162,00
22083020	UISQUE CHIVAS REGAL 12 ANOS .S/SELO IPI		UN	5	16,80	84,00
22083020	UISQUE JACK DANIEL'S .S/SELO IPI		UN	5	14,00	70,00
22086000	VODCA GREY GOOSE 1 LITRO .S/SELO IPI		UN	21	39,00	819,00
22086000	VODCA ABSOLUT 1 LITRO .S/SELO IPI		UN	3	15,00	45,00
22086000	VODCA CIROC - 750 ML S/ SELO IPI		UN	5	3,00	15,00
Total de Itens: 9			Dolar Fiscal	2,0537	Total das Mercadorias R\$: 3.801,40	
					US\$: 1.851,00	

Contudo, devidamente cientificada, a Recorrente não apresentou impugnação ao mencionado auto de infração e, por conseguinte, foi lavrado do Termo de Revelia n.º 2013.0448 (e-fls. 11), com a decretação da pena de perdimento das mercadorias objeto do Processo n.º 12719.720412/2013-85, nos seguintes termos:



Ministério da Fazenda



Receita Federal

Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil na 9ª RF
INSPETORIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FLORIANÓPOLIS
Depósito de Mercadorias Apreendidas - DMA
Rua Pedro Cota de Castro, s/n, Bairro São Luiz, Marginal da BR 101, km 209
São José – SC CEP 88106-802
Tel. (48)3343-1790

Interessado: ANTONIO SANTOS DOS REIS
CNPJ/ CPF n.º: 14.769.872/0001-23
Processo n.º: 12719.720412/2013-85

TERMO DE REVELIA n.º 2013.0448

Considerando que o autuado, ANTONIO SANTOS DOS REIS, foi devidamente cientificado dos termos do Auto de Infração, objeto deste processo e, passado o prazo regulamentar sem apresentação de impugnação, declaro-o REVEL, nos termos do artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 1.455, de 7 de abril de 1976.

Florianópolis, 15 de agosto de 2013.

Anna Lúcia Queiroz Carada
Supervisora do DMA

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO n.º 2013.0391

Tendo sido constatada a revelia, conforme Termo n.º 2013.0448, **resolvo**, com fulcro no § 1º do art. 23 do Decreto-lei n.º 1.455, de 7 de abril de 1976, bem como no inciso VI do art. 224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 203, de 14 de maio de 2012, impor ao infrator, a PENA DE PERDIMENTO das mercadorias objeto do presente processo.

Neste cenário, às e-fls.14, tendo sido constatada, em procedimento fiscal realizado em 23/05/2013, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, incorrendo na situação excludente prevista no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 310, de 13 de novembro de 2015 (e-fls. 15), excluindo a Recorrente do Simples Nacional a partir de 01/05/2013, como determina o parágrafo 1º do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, ficando a pessoa jurídica impedida de ser optante do Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário seguintes (2014, 2015, 2016).

Por sua vez, a Recorrente, discordando da dita exclusão, apresentou manifestação de inconformidade (razões às e-fls. 22 a 25), alegando que a mercadoria apreendida pertenciam a pessoa física e não a pessoa jurídica fato este que levaria à modificação da penalidade aplicada nos autos.

A DRJ manteve o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 310/2015 e a Recorrente interpôs Recurso Voluntário reproduzindo dos argumentos da manifestação de inconformidade e, como pedido alternativo, requereu lhe fosse oportunizado a possibilidade de pagamento do tributo relativo as mercadorias : apreendidas, como forma de manter o Recorrente no regime de tributação simplificado.

Porém, em meu sentir, razão não assiste à Recorrente. Afinal, ela foi excluída, mediante o ADE DRF/FNS n.º 310/2015 (e-fls. 15), do Simples Nacional a partir de 01/05/2013, com fulcro no parágrafo 1º do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, *in verbis*:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Assim, de fato, a pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional deve ser excluída quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, como ocorreu no caso sob análise, e que tal exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

A esse respeito, a Recorrente alega que a mercadoria não lhe pertencia, mas sim à pessoa física, bem como não se encontravam expostas à venda, mas estavam guardadas no interior do. estabelecimento em local não acessível à clientela.

Porém, a Recorrente não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse suas alegações. Ademais, pelo contrário, como consta às e-fls. 05, como o CNAE da Recorrente que é o de n.º 4691-5-00 refere-se à Comércio atacadista de mercadorias em geral. Logo, é de se concluir que as mercadorias apreendidas eram, em verdade, de propriedade da Recorrente.

Em tempo, também insta mencionar que o dever de comprovar a regular origem das mercadorias recai sobre a contribuinte, conforme inteligência do artigo 689, X, do Regulamento Aduaneiro (Decreto n.º 6.759/2009):

Art.689.Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei n.º 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º, este com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59):

[...]

X-estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, **se não for feita prova de sua importação regular; grifei**”

Outrossim, ponto extremamente importante é que a Recorrente, em sentido antagônico ao aduzido em suas razões recursais, de que não lhe teria sido oportunizado o exercício das garantias constitucionais relativas, ao contraditório e ampla defesa, não apresentou defesa ao Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00920 (Processo n.º 12719.720412/2013-85), apesar de intimada, tendo sido lavrado, em 19/08/2013, Termo de Revelia para declará-la revel, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 1.455, de 07/04/1976.

Repise-se: que a Recorrente teve a oportunidade de apresentar as notas fiscais que comprovariam a regularização das mercadorias que estavam sob comercialização dentro de seu estabelecimento, porém não fez.

Desta forma, tornou-se definitiva tanto a pena de perdimento, como a situação ensejadora da apreensão e posterior perdimento do bem, qual seja “o comércio de mercadorias estrangeiras introduzidas”.

Isso porque, atualmente, o rito de julgamento do processo referente à pena de perdimento está prevista no art. 774 do Decreto n.º 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro - RA), que prevê a instância única, cabendo aos Delegados da Receita Federal do Brasil e Inspetores-Chefes da Receita Federal do Brasil aplicar pena de perdimento de mercadorias e valores, nos termos da Portaria MF n.º 587/2010 (Regimento Interno da secretaria da Receita Federal do Brasil).

Nesta senda, a discussão sobre o contrabando ou descaminho deveria ter sido realizada no processo próprio e, como não o foi, houve a decretação da revelia. Ou seja, ocorreu a preclusão temporal quanto ao fato de a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho.

Assim, impertinente se demonstra qualquer discussão acerca do procedimento fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00920, inclusive, o pleito de realização de pagamento para do tributo com intuito de “extinção da punibilidade (...) permitindo a sua continuação no Simples Nacional”.

Afinal, a inércia da Recorrente no Processo n.º 12719.720412/2013-85 tem efeitos não só no âmbito aduaneiro, com a decretação da pena de perdimento, mas também no tributário, com sua exclusão do Simples Nacional em razão de ter sido considerado incontroverso, na seara administrativa, que houve comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Repise-se, uma vez considerado definitivo o procedimento administrativo que efetivou o auto de infração e o termo de guarda fiscal de mercadoria, onde essas questões deveriam ter sido questionadas, não há mais o que discutir a não ser verificar se tal circunstância já demonstrada é causa ou não de exclusão do Simples Nacional.

A jurisprudência majoritária deste Tribunal não destoa do entendimento adotado no presente voto:

APREENSÃO DE MERCADORIAS. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA. Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto- Lei n.º 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, **mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.** (Acórdão n.º 1402-005.346, Relatora: Junia Roberta Gouveia Sampaio, Data:21/01/2021) – Grifou-se.

LIMITES DO PROCESSO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO MANTIDA O processo trata exclusivamente da exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Assim, desbordam dos limites do presente feito as alegações que visam tornar insubsistente o auto de infração que aplicou a pena de perdimento das mercadorias, que é controlado em outro processo e que já foi decidido de forma definitiva na esfera administrativa. Exclui-se de ofício do SIMPLES, dentre outras hipóteses, a pessoa jurídica que comercializar objeto de contrabando e descaminho. A exclusão do Simples foi efetuada após a aplicação da pena de perdimento de mercadoria. **CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA. Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto- Lei n.º 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.** SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUMULA CARF 02. O ato de exclusão de ofício é vinculado e não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma cogente em razão de considerações de cunho principiológico, mormente o princípio da insignificância, que é afeto ao direito penal. (Acórdão n.º 1301-004.849, Relatora: Bianca Felícia Rothschild, Data: 11/11/2020) – Grifou-se.

Do voto condutor do último acórdão cuja ementa foi transcrita, da lavra da relatora Bianca Felícia Rothschild, pinça-se trecho adotando-o como complemento da fundamentação as minhas razões de decidir:

“(…)

Ausência de comercialização Alega a Recorrente que o estabelecimento comercial da pessoa jurídica representada, jamais comercializou qualquer modalidade de cigarros, muito menos oriundos de contrabando.

Defende que a s 590 carteiras de cigarros apreendidas pela Autoridade Fiscal no estabelecimento da pessoa jurídica representada, o que corresponde a aproximadamente 29 (vinte e nove) caixas contendo 20 (vinte unidades) cada uma, não estavam expostos à venda, mas era utilizado para consumo próprio dos proprietários do estabelecimento comercial e seus familiares.

Mesmo assim, diante da fiscalização, os produtos (cigarro s) foram apreendidos e, conseqüentemente, lavrado o auto de infração relatando se tratar de comércio de mercadorias objeto de contrabando.

Entendo que carece de razão a Recorrente.

A maioria das alegações de mérito esgrimidas pela Recorrente dizem respeito exclusivamente à subsistência do auto de infração.

Tais alegações, desborda do escopo deste processo rediscutir a titularidade das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a efetiva destinação comercial destas mercadorias. Todos esses pontos dever iam ser alegados no processo n.º 13971.005.029/2009 - 99.

Assim, no presente processo, tomo como ponto de partida a situação jurídica constituída por meio do auto de infração, que se tornou definitivo na esfera administrativa.

Insignificância dos Valores Frente à Receita e Da Insignificância Tributária Penal

Dentro do julgamento administrativo, o princípio da insignificância, típico do Direito Penal, não tem aplicação na espécie, que trata de mera exclusão administrativa de regime de tributação simplificado facultativo. Ou seja, não se trata aqui de norma penal, mas de infração às regras que conformam os requisitos para que os sujeitos passivos possam usufruir—de forma opcional—de um regime de tributação simplificado.

Ademais, não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma legal cogente de exclusão de ofício quando verificada no caso concreto a hipótese normativa.

O legislador, ao positivizar a hipótese normativa de exclusão de ofício por meio da Lei Complementar n.º 123/2006, já ponderou os princípios constitucionais aplicáveis e não deixou margem de apreciação à autoridade administrativa quanto à ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade. Não há no texto legal hipótese de gradação de forma a deixar de aplicar a exclusão em razão de considerações de cunho principiológico. Caso deixasse de aplicar a norma legal, a autoridade administrativa estaria violando a separação de poderes que ordena o sistema constitucional pátrio.

Também é conveniente destacar que a exclusão de ofício, nos termos determinados pela Lei Complementar n.º 123/2006 não configura ato discricionário, e sim vinculado. Desta forma, não se sujeita a considerações de conveniência e oportunidade. Uma vez caracterizada a ocorrência da hipótese normativa, deve ser a norma individual e concreta de exclusão de ofício”.

Outrossim, quanto à aplicação do princípio da insignificância requerido pela Recorrente, trago as lições do Ilustre Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, em voto no Acórdão n.º1401-004.809

“(…)

Princípio da insignificância.

Dentro do julgamento administrativo, o princípio da insignificância, típico do Direito Penal, não tem aplicação na espécie, que trata de mera exclusão administrativa de regime de tributação simplificado facultativo. Não se trata aqui de norma penal, mas de infração às regras que conformam os requisitos para que os sujeitos passivos possam usufruir – de forma opcional – de um regime de tributação simplificado.

Ademais, não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma legal cogente de exclusão de ofício quando verificada no caso concreto a hipótese normativa.

O legislador, ao positivizar a hipótese normativa de exclusão de ofício por meio da Lei Complementar n.º 123/2006, já ponderou os princípios constitucionais aplicáveis e não deixou margem de apreciação à autoridade administrativa quanto à ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade. Não há no texto legal hipótese de gradação de forma a deixar de aplicar a exclusão em razão de considerações de cunho principiológico. Caso deixasse de aplicar a norma legal, a autoridade administrativa estaria violando a separação de poderes que ordena o sistema constitucional pátrio.

Também é conveniente destacar que a exclusão de ofício, nos termos determinados pela Lei Complementar n.º 123/2006 não configura ato discricionário, e sim vinculado. Desta forma, não se sujeita a considerações de conveniência e oportunidade. Uma vez caracterizada a ocorrência da hipótese normativa, deve ser a norma individual e concreta de exclusão de ofício”.

Que fique claro, a lei não confere discricionariedade à autoridade julgadora administrativa para aplicar, no âmbito do Direito Tributário, institutos próprios do Direito Penal, em face de tratar-se de atividade vinculada e obrigatória, estando subordinado aos comandos que estiverem expressamente previstos em lei.

Há se ressaltar, em tempo, que o Superior Tribunal de Justiça inclusive sumulou o tema, em seu enunciado n.º 599: "*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública*".

Ante o exposto, voto em negar provimento ao recurso voluntário no sentido de manter a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça